

Article

« La fiducie, l'usufruit et la substitution : analyse de certaines incidences fiscales »

Paul J. Setlakwe

Les Cahiers de droit, vol. 26, n° 3, 1985, p. 739-762.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042686ar>

DOI: 10.7202/042686ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La fiducie, l'usufruit et la substitution : analyse de certaines incidences fiscales

M^c Paul J. SETLAKWE *

This article deals with income tax and succession duty implications resulting from the use of Quebec civil law trusts, usufructs and substitutions. In the first part, the author examines income tax consequences under the Income Tax Act (Canada) and the Taxation Act (Quebec).

In the second part, the author examines the specific and unique rules provided in the Succession Duty Act (Quebec) with respect to each institution and various estate planning techniques which have been used.

	Pages
Introduction	740
1. Impôt sur le revenu	741
1.1. Fiducie.....	741
1.1.1. Incidences fiscales lors de la constitution d'une fiducie.....	741
1.1.2. Traitement fiscal du revenu généré par les biens faisant l'objet d'une fiducie.....	743
1.1.3. Liquidation d'une fiducie.....	745
1.2. Usufruit	746
1.2.1. Incidences fiscales lors de la constitution d'un usufruit	746
1.2.1.1. Création d'un usufruit entre des personnes traitant à distance.....	748
1.2.1.2. Création d'un usufruit à titre gratuit entre vifs	750
1.2.1.3. Création d'un usufruit par testament.....	751
1.2.2. Traitement fiscal du revenu généré par les biens faisant l'objet d'un usufruit	752
1.2.3. Fin de l'usufruit.....	753
1.3. Substitution	753
1.3.1. Incidences fiscales lors de la constitution d'une substitution.....	753
1.3.2. Traitement fiscal du revenu généré par les biens faisant l'objet d'une substitution	754

* Avocat.

	<i>Pages</i>
1.3.3. Fin de la substitution.....	754
2. Droits successoraux	756
2.1. Aperçu général.....	756
2.2. Règles applicables à une fiducie	757
2.2.1. Règles de base.....	757
2.2.2. Éléments de planification.....	758
2.3. Règles applicables à un usufruit	758
2.3.1. Règles de base.....	758
2.3.2. Éléments de planification.....	759
2.3.2.1. Fractionnement des droits.....	759
2.3.2.2. Usufruitier non-résident.....	760
2.3.2.3. Usufruit ou fiducie.....	760
2.4. Règles applicables à une substitution.....	760
2.4.1. Règles de base.....	760
2.4.2. Éléments de planification.....	761
Conclusion.....	761

Introduction

Les règles prévues au Code civil relativement à une fiducie, un usufruit et une substitution sont bien distinctes. Chaque institution a ses propres éléments constitutifs et offre à ses bénéficiaires des droits différents qui permettent en pratique la réalisation d'objectifs divers selon les intentions du constituant, la nature des biens qui font l'objet de l'institution et les personnes qui en seront les bénéficiaires ¹.

Ce texte a pour but d'analyser certaines incidences fiscales qui résultent de l'utilisation de chacune de ces institutions. L'intention n'est pas de faire une analyse exhaustive de ces incidences fiscales mais plutôt de faire état des concepts généraux applicables à chaque institution afin de faire ressortir les avantages fiscaux propres à chaque institution.

Dans une première partie, les incidences fiscales en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ² (ci-après la « Loi fédérale » ou « L.I.R. ») et la *Loi sur les impôts* ³ (ci-après la « Loi provinciale » ou « L.I. ») seront examinées. Les incidences fiscales en vertu de la Loi provinciale sont souvent identiques à

1. Voir, à ce sujet, M. CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1980.

2. S.C. 1970-71-72, c. 63.

3. L.R.Q., c. I-3.

celles en vertu de la Loi fédérale. Cependant, il existe des différences importantes tant au niveau des textes de loi qu'au niveau de la pratique administrative des ministères⁴. Ce texte ne fera référence qu'aux plus importantes de ces différences.

Dans une deuxième partie, les incidences fiscales en vertu de la *Loi sur les droits successoraux*⁵ (ci-après « L.D.S. ») seront examinées.

Il est espéré que ce texte permettra au lecteur d'identifier les incidences fiscales propres à chacune de ces institutions et fera ressortir les possibilités en matière de planification.

1. Impôt sur le revenu

1.1. Fiducie

1.1.1. Incidences fiscales lors de la constitution d'une fiducie⁶

Le Code civil prévoit que la constitution d'une fiducie comporte nécessairement le transport d'un bien mobilier ou immobilier à un fiduciaire par donation ou testament⁷. D'un point de vue pratique, il arrive souvent que la majeure partie de l'actif d'une fiducie soit transférée à la fiducie après sa constitution, soit par voie de donation ou legs, soit autrement. En l'absence de l'application des règles spéciales dont il sera fait état ci-dessous et en présumant que le bien transféré à la fiducie soit un bien en immobilisations⁸, ce « transport » impliquera une disposition⁹ du bien transféré et la

4. Voir, C. DESAULNIERS, « Fiscalité canadienne et aspects particuliers au Québec », *Journées d'études fiscales 1975*, Association canadienne d'études fiscales, p. 27-62.

5. L.R.Q., c. D-13.2. Dans son discours sur le budget prononcé à l'Assemblée nationale le 23 avril 1985, le ministre des Finances a annoncé l'abolition des droits successoraux pour toutes successions ouvertes à compter de minuit le 23 avril 1985.

6. Des règles spéciales sont prévues à l'égard des fiducies ne résidant pas au Canada (article 94 L.I.R.), des fiducies de fonds mutuels (article 132 L.I.R.) et des fiducies d'investissement à participation unitaire. L'étude de ces règles dépasse le cadre de cette conférence et sont indicatives de l'étendue de l'utilisation de la fiducie comme instrument de planification et de réalisation de buts commerciaux.

7. Article 981a C.C.B.C. Les règles relatives aux fiducies seront considérablement assouplies si la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens* (Projet de loi 20) est adoptée telle que proposée.

8. Un « bien en immobilisations » signifie tout bien amortissable d'un contribuable et tout bien (autres que des biens amortissables), dont la disposition se traduirait pour le contribuable par un gain ou une perte en capital, selon le cas ; alinéa 54(b) L.I.R. Le terme équivalent en vertu de la Loi provinciale est « immobilisation » ; article 249 L.I.

9. Voir la définition du terme « disposition de biens » ; sous-alinéa 54(c)(v) L.I.R.

réalisation d'un gain ou d'une perte en capital. S'il s'agit du transfert d'un bien autre qu'un bien en immobilisations, le constituant devra calculer son revenu en tenant compte du gain ou de la perte qui pourra en résulter. D'un point de vue pratique, la constitution d'une fiducie et le transfert de biens à celle-ci peuvent souvent être planifiés sans qu'il n'y ait d'incidences fiscales défavorables au moment de la constitution ¹⁰.

Sauf certaines exceptions ¹¹, le transfert d'un bien en immobilisations à une fiducie ne résultera pas en une disposition si le transfert du bien a comme résultat un changement dans le *legal ownership* du bien sans changement dans le *beneficial ownership* du bien ¹². Quoique les concepts de *legal ownership* et *beneficial ownership* soient étrangers à l'économie du Code civil, il semble que cette exception au sous-alinéa 54(c)(v) L.I.R. s'appliquerait au Québec dans le cas où une personne transférerait un bien à une fiducie dont il est le bénéficiaire ¹³. Lorsqu'il s'agit du transfert d'un bien assujéti à une juridiction de common law, la Loi provinciale semble être au même effet ¹⁴. Cependant, lorsque le bien transféré est régi par le droit civil, la Loi provinciale prévoit qu'il n'y aura pas d'aliénation du bien si le transfert n'entraîne pas un « changement dans le droit de la personne qui a la pleine propriété de ce bien... » ¹⁵.

Aucun gain en capital ou perte en capital ne sera réalisé s'il s'agit du transfert de biens en immobilisations par un contribuable à une fiducie exclusive en faveur de son conjoint, soit du vivant du contribuable, soit à son décès ¹⁶. Si le transfert est entre vifs, la fiducie doit être créée par le contribuable et prévoir :

- a) que son conjoint a le droit de recevoir tout le revenu de la fiducie réalisé avant le décès du conjoint, et

10. Au Québec, il est important d'examiner s'il y aura un impôt sur les dons à payer en vertu de la Loi provinciale.

11. Notamment lorsqu'il s'agit d'un transfert à un régime enregistré d'épargne retraite et certains autres régimes prévus à la Loi fédérale; sous-alinéa 54(c)(v) L.I.R. et règlement 248R2 de la Loi provinciale.

12. Sous-alinéa 54(c)(v) L.I.R.

13. Pour une discussion de la question à savoir si un fiduciaire peut être bénéficiaire du revenu d'une fiducie au Québec, voir M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 1, n° 38. Pour une discussion de l'application du sous-alinéa 54(c)(v) L.I.R. à l'extérieur du Québec, voir, M.C. CULLITY, « The 1982 Draft Amendments: Implications for Trusts and their Beneficiaries », (1982) *Conference Report, Canadian Tax Foundation* 799, p. 809-810, et D.S. EVANS, « When is a "Disposition" ? », (1974) *Conference Report, Canadian Tax Foundation* 515.

14. Règlement 248R1 de la Loi provinciale.

15. *Id.*

16. Paragraphes 73(1) et 70(6) L.I.R. et articles 440, 443 et 454 L.I.

- b) que nulle personne autre que le conjoint ne peut, avant le décès de ce dernier, recevoir toute partie du revenu ou du capital de la fiducie ni en obtenir l'usage.

De plus, le contribuable et la fiducie doivent être résidents du Canada à la date du transfert. Si ces conditions sont respectées, la fiducie acquerra le bien en immobilisations au coût fiscal du contribuable et le gain (ou la perte) qui aurait été par ailleurs réalisé, sera différé¹⁷.

Lors d'un transfert au décès, un roulement similaire est prévu à l'égard d'un transfert à une fiducie résidant au Canada créée par le testament d'un contribuable qui résidait au Canada immédiatement avant son décès. Les conditions applicables lors d'un transfert entre vifs doivent également être respectées, à savoir :

- a) le conjoint doit avoir droit à tous les revenus de la fiducie ; et
- b) nulle personne autre que le conjoint ne peut, avant le décès du conjoint, recevoir ou obtenir de quelque façon que ce soit l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie.

De plus, on doit établir dans les quinze mois qui suivent le décès du contribuable ou dans tout autre délai raisonnable dans les circonstances, que le bien a été, par dévolution, irrévocablement acquis par la fiducie au plus tard quinze mois après le décès du contribuable.

Nous constatons donc qu'il est possible de constituer une fiducie sans rencontrer trop de difficultés au niveau des incidences fiscales. Le transfert pourra se faire libre d'impôt s'il s'agit du transfert d'un bien à l'égard duquel il n'y a aucune plus-value ou s'il s'agit du transfert d'un bien en immobilisations à une fiducie sans qu'il y ait changement dans le *beneficial ownership* du bien. S'il y a une plus-value, le gain ou la perte qui serait par ailleurs réalisé pourra être différé lorsqu'il s'agit d'un transfert à une fiducie « exclusive » en faveur du conjoint.

1.1.2. Traitement fiscal du revenu généré par les biens faisant l'objet d'une fiducie

La Loi fédérale prévoit une série de règles¹⁸ s'appliquant aux fiducies qui ont pour effet de partager le fardeau fiscal se rattachant aux revenus des biens faisant l'objet d'une fiducie entre la fiducie elle-même, qui aux fins de

17. Le contribuable peut choisir que ce roulement ne s'applique pas ; paragraphe 73(1) L.I.R. Les règles d'attribution feront que l'impôt à payer à l'égard du revenu généré par ce bien et tout gain ou perte en capital lors de la disposition ultérieure du bien sera probablement supporté par le contribuable ; paragraphes 74(1) et (2) L.I.R.

18. Articles 104–108 L.I.R.

la Loi fédérale est réputée être un particulier¹⁹, les bénéficiaires de la fiducie et, lorsque les règles d'attribution s'appliquent, le constituant²⁰.

De façon générale, une fiducie supporte elle-même ce fardeau fiscal à moins que son revenu ne soit payable à ses bénéficiaires ou attribué à des « bénéficiaires privilégiés ».

Dans un premier temps, la fiducie doit calculer son revenu de toute source comme si elle était un particulier²¹. Une fois le revenu de la fiducie ainsi déterminé, la fiducie pourra déduire la partie de ce revenu qui est payable à ses bénéficiaires²². À cette fin, une somme est payable dans une année si elle est versée dans l'année à la personne à laquelle elle était payable ou si cette personne avait le droit d'en exiger le paiement dans l'année²³. De cette façon, le fardeau fiscal se rattachant aux revenus générés par les biens qui font l'objet de la fiducie sera supporté par la fiducie ou par les bénéficiaires dans la mesure où le revenu de la fiducie leur est payable dans l'année.

Le résultat est le même si le revenu de la fiducie n'est pas payable dans l'année lorsque la fiducie fait un choix à l'égard de ses « bénéficiaires privilégiés ». L'alinéa 108(1)(g) L.I.R. prévoit qu'un bénéficiaire privilégié est, *inter alia*, un particulier résidant au Canada qui est l'auteur de la fiducie, son conjoint ou ancien conjoint ou un enfant, petit-enfant ou arrière-petit-enfant de l'auteur de la fiducie ou le conjoint de ces enfants. L'alinéa 108(1)(h) L.I.R. établit qui est l'auteur de la fiducie. Dans le cas des fiducies testamentaires, c'est le *de cuius*. Dans le cas des fiducies *inter vivos* c'est essentiellement l'auteur de la fiducie si la juste valeur marchande des biens qu'il a remis à la fiducie est supérieure à celle des biens remis par des tiers. Si la fiducie est créée par deux conjoints, ce test de la juste valeur marchande est appliqué aux deux conjoints. Le montant à l'égard duquel un choix peut être fait se détermine selon des règles techniques contenues au paragraphe 104(15) L.I.R. et au *Règlement de l'impôt sur le revenu*²⁴. L'avantage principal du

19. Paragraphe 104(2) L.I.R.

20. Articles 74 et 75 L.I.R.

21. Paragraphe 104(2) L.I.R. Cependant, la fiducie ne pourra bénéficier des exemptions personnelles prévues à l'article 109 L.I.R. ni de la déduction forfaitaire de 100 \$ prévue à l'alinéa 110(1)(d) L.I.R. Une fiducie *inter vivos* ne pourra bénéficier de la déduction de 1 000 \$ relativement aux revenus de placement prévue à l'article 110.1 L.I.R. En fait, la Loi fédérale ne réfère pas à une fiducie *inter vivos* mais à une fiducie testamentaire (alinéa 108(1)(i) L.I.R.) et une fiducie non testamentaire, alinéa 108(1)(f) L.I.R. Malgré qu'une fiducie créée au décès d'une personne peut ne pas être une « fiducie testamentaire », pour les fins de ce texte une fiducie *inter vivos* supposera la constitution de la fiducie du vivant du constituant.

22. Paragraphe 104(13) L.I.R.

23. Paragraphe 104(24) L.I.R.

24. Règlement 2800.

choix quant aux bénéficiaires privilégiés est de permettre le fractionnement du revenu de la fiducie entre celle-ci et son ou ses bénéficiaires privilégiés sans qu'il y ait nécessairement distribution de ce revenu.

Quoiqu'aucune disposition législative n'existe à cet égard, il semble admis que les revenus capitalisés au sein d'une fiducie peuvent être versés aux bénéficiaires libres d'impôt ²⁵.

Plusieurs règles permettent que le revenu d'une fiducie conserve son caractère fiscal une fois distribué aux bénéficiaires. Ainsi, une fiducie peut attribuer à ses bénéficiaires ses dividendes imposables et non imposables ²⁶, ses gains en capital imposables ²⁷, son revenu et son impôt étrangers ²⁸ ainsi que ses intérêts admissibles à la déduction de 1 000 \$ ²⁹. De cette façon, les bénéficiaires de la fiducie peuvent jouir des avantages fiscaux attachés à chaque type de revenu. Une fiducie peut aussi attribuer à ses bénéficiaires l'allocation du coût en capital et la déduction pour épuisement qu'elle n'a pas déduite ³⁰.

Nous voyons que la Loi fédérale prévoit un mécanisme qui permet de déterminer avec relativement de certitude les incidences fiscales se rattachant aux revenus provenant des biens qui font l'objet d'une fiducie. Quoique ces règles peuvent créer des anomalies parfois désavantageuses pour les contribuables ³¹, il est rare qu'elles feront obstacle à l'utilisation d'une fiducie.

1.1.3. Liquidation d'une fiducie

La Loi fédérale prévoit l'application de certaines règles lorsqu'un contribuable dispose de la totalité ou d'une partie de sa « participation au capital » ou de sa « participation au revenu » d'une fiducie ³². Essentiellement,

25. Voir G. MASSON, « L'utilisation de la fiducie en planification fiscale et successorale », AQPFS, Congrès 1983 ; M.C. CULLITY, « Non-resident Trusts », (1981) *Conference Report, Canadian Tax Foundation* 646, p. 663.

26. Paragraphes 104(19) et (20) L.I.R.

27. Paragraphe 104(21) L.I.R.

28. Paragraphe 104(22) L.I.R.

29. Paragraphe 104(26) L.I.R.

30. Paragraphes 104(16), (17) et (17.1) L.I.R.

31. Voir W.D. GOODMAN, « The Allocation of Tax Burdens between Income Beneficiaries and Capital Beneficiaries », (March-April 1983) 31 *Canadian Tax Journal* 169.

32. Une participation au capital signifie un droit que possède un contribuable, en sa qualité de bénéficiaire de la fiducie, sur la totalité ou une partie du capital de la fiducie ou un droit de recevoir la totalité ou une partie de ce capital ; alinéa 108(1)(c) L.I.R. Une « participation au revenu » signifie un droit que possède le contribuable, en sa qualité de bénéficiaire de la fiducie, sur la totalité ou une partie du revenu de la fiducie, ou un droit de recevoir la totalité ou une partie de ce revenu ; alinéa 108(1)(e) L.I.R. Aucune disposition n'existe pour qualifier la participation d'une personne qui a droit au revenu et au capital de la fiducie.

ces règles permettent à un bénéficiaire ayant une participation au capital de recevoir de la fiducie sa quote-part des biens de la fiducie sans réaliser un gain en capital à l'égard de son intérêt dans la fiducie³³. La fiducie ne réalisera pas de gain en capital à l'égard des biens transférés au bénéficiaire en paiement de sa participation au capital de la fiducie et le bénéficiaire sera réputé avoir acquis les biens au coût de la fiducie³⁴. Ces règles ont effectivement pour but de permettre la liquidation d'une fiducie libre d'impôt. L'impôt à payer à l'égard de la plus-value des biens de la fiducie distribués aux bénéficiaires sera supporté par les bénéficiaires lors de la disposition éventuelle des biens.

Lorsqu'il s'agit de la distribution d'un bien de la fiducie à un contribuable en contrepartie de sa participation au revenu de la fiducie, la fiducie est réputée avoir disposé du bien moyennant un produit égal à la juste valeur marchande du bien à cette date³⁵. Le contribuable ne réalisera pas de gain ou de perte en capital à l'égard de la disposition de sa participation au revenu de la fiducie³⁶ et sera réputé avoir acquis les biens reçus à leur juste valeur marchande. Ainsi, la liquidation de la participation au revenu d'une fiducie pourra résulter en un revenu pour la fiducie s'il y a une plus-value à l'égard des biens transférés au bénéficiaire en contrepartie de sa participation au revenu.

Ces règles permettent le plus souvent la liquidation d'une fiducie sans incidence fiscale. Dans la mesure où il y a des incidences fiscales, l'impôt à payer est relativement facile à déterminer.

1.2. Usufruit

1.2.1. Incidences fiscales lors de la constitution d'un usufruit

L'usufruit, comme on le sait, est le droit de jouir de biens dont un autre détient la propriété, comme le propriétaire lui-même³⁷. Il est d'usage de dire que le droit de propriété est composé de trois attributs, soit le droit d'usage (*jus utendi*), le droit aux fruits (*jus fruendi*), et le droit de disposer (*jus*

33. Paragraphe 107(1) L.I.R. Des exceptions importantes existent lorsqu'il s'agit d'une fiducie ne résidant pas au Canada (paragraphe 107(1) L.I.R.), de certaines fiducies en faveur d'un conjoint (paragraphe 107(4)) et lorsque le bénéficiaire ne réside pas au Canada ; paragraphe 107(5) L.I.R.

34. Paragraphe 107(2) L.I.R.

35. Paragraphe 106(3) L.I.R.

36. Alinéa 106(2)(b) L.I.R.

37. Article 443 C.C.B.C.

abutendi). L'usufruitier, dit-on, possède le droit d'usage et le droit aux fruits à l'égard du bien qui fait l'objet de l'usufruit et le nu-propiétaire possède le droit de disposer du bien. Ce dernier est considéré propriétaire du bien. Au terme de l'usufruit, le nu-propiétaire devient le plein propriétaire du bien et exerce dès lors la totalité des droits à l'égard du bien.

Les incidences au niveau de l'impôt sur le revenu résultant de la création d'un usufruit sont loin d'être limpides. Il semble clair que les règles prévues à la Loi fédérale à l'égard des fiducies ne s'appliquent pas à un usufruit ne serait-ce que parce que l'usufruitier a la possession, l'administration et la jouissance du bien faisant l'objet de l'usufruit alors que ces droits à l'égard d'un bien faisant l'objet d'une fiducie sont partagés entre la fiducie et les bénéficiaires³⁸. Si ce manque de limpidité n'est pas la raison pour laquelle l'usufruit est, semble-t-il, peu utilisé de nos jours en planification successorale³⁹, il s'agit sûrement d'un facteur qui freine le recours à cette institution. Quoique nous essaierons d'apporter certains éléments de solution à cette incertitude, nous sommes d'avis qu'il est impossible d'envisager les règles fiscales applicables à l'usufruit dans un ensemble cohérent parce que la Loi fédérale n'est pas conçue pour répondre aux particularités juridiques qui résultent du démembrement du droit de propriété⁴⁰.

La création d'un usufruit peut se réaliser de différentes façons, par exemple :

- le propriétaire d'un bien peut, de son vivant ou par testament, consentir l'usufruit d'un bien à une personne et la nue-propriété à une autre ;
- le propriétaire peut consentir l'usufruit d'un bien à une personne et en conserver la nue-propriété ;
- le propriétaire peut disposer d'un bien en faveur d'une personne ou en conserver l'usufruit ; ou

38. L. MASSÉ, *L'usufruit de biens corporels et l'impôt sur le revenu*, Essai présenté dans le cadre du programme de maîtrise en fiscalité, Université de Sherbrooke, 1982, p. 12-13 ; P.J. BEAUREGARD, « Implications fiscales de l'utilisation de l'usufruit », AQPFS, Congrès 1979, 263, p. 271. Ceci est aussi la position actuelle du ministère du Revenu national ; « Point de vue et discussion sur la fiscalité fédérale (Table-Ronde) », AQPFS, Congrès 1982, 723, p. 735-736.

39. M. CASTELLI, « La pratique notariale des successions dans la province de Québec », (1975-76) 78 R. du N. 327, p. 398.

40. À cet égard nous ne pouvons soutenir que cette lacune est due au fait que la Loi fédérale s'adresse à une réalité juridique (la common law) qui ne reconnaît pas les particularités du droit civil. La même incertitude existe à l'égard de certaines notions de la common law, voir W.D. GOODMAN, « Transactions in Revisionary Interests », (May-June 1973) 21 *Canadian Tax Journal* 251.

- l'usufruit peut être consenti conjointement à une ou plusieurs personnes, pour un terme (i.e. 10 ans, pendant la vie ou au-delà de la vie de l'usufruitier) ou à des usufruitiers successifs⁴¹.

Nous examinerons certaines de ces façons de créer un usufruit.

1.2.1.1. Création d'un usufruit entre des personnes traitant à distance

Considérons d'abord la création d'un usufruit entre vifs entre des personnes traitant à distance. Cela présuppose que le propriétaire-constituant reçoit une somme d'argent ou une autre considération en contrepartie du transfert de l'usufruit et/ou de la nue-propriété du bien. Si le propriétaire-constituant transfère l'usufruit et la nue-propriété du bien, les incidences fiscales seront comme s'il avait disposé du bien en entier à une tierce personne puisque la somme des montants reçus sera son produit de la disposition du bien⁴².

Si nous n'examinons que le transfert de la nue-propriété du bien (i.e. le propriétaire-constituant conserve l'usufruit), trois hypothèses doivent être considérées :

— Première hypothèse

Le propriétaire-constituant a aliéné une partie de la totalité des droits qu'il avait à l'égard du bien⁴³, disons un fonds de terre. Cette « partie de la totalité des droits » est en soi un bien⁴⁴ dont le prix de base rajusté est égal à la partie du coût du bien qui correspond à la valeur de la nue-propriété au moment de l'acquisition du fonds de terre. En fait, le propriétaire-constituant aurait à allouer son prix de base rajusté à l'égard de la totalité du bien entre les différents droits se rattachant à ce bien comme l'on doit parfois allouer le prix d'achat d'un immeuble entre une bâtisse et un fonds de terre.

Le gain ou la perte en capital serait alors égal à la différence entre le montant reçu par le propriétaire-constituant et le prix de base rajusté de la nue-propriété tel que déterminé ci-haut⁴⁵.

41. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 1, n° 13. La Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens ne permettrait pas la durée de l'usufruit au-delà de cent ans.

42. Comme nous le verrons ci-dessous, cette situation sera plus délicate si l'usufruit et la nue-propriété sont consentis entre vifs à titre gratuit.

43. C'est-à-dire le « droit de disposer ».

44. Voir la définition du terme « biens » au paragraphe 248(1) L.I.R.

45. Pour les fins de cette section, nous présumerons que les « biens » en question sont des biens en immobilisations.

— Deuxième hypothèse

Le propriétaire-constituant aliène le bien (c'est-à-dire le fonds de terre) et doit calculer son gain ou sa perte en se référant au prix de base rajusté du bien en entier. Cette hypothèse s'appuie sur le fait que le nu-propriétaire est considéré comme le propriétaire du bien⁴⁶. Conséquemment, le transfert de la nue-propriété équivaut au transfert du bien⁴⁷.

Cette hypothèse mène à des résultats très surprenants puisque la contrepartie reçue par le propriétaire-constituant pour la nue-propriété sera souvent inférieure au prix de base rajusté du bien en entier. Effectivement un propriétaire-constituant pourrait souvent ainsi réaliser des pertes en capital ou terminales substantielles⁴⁸.

— Troisième hypothèse

Le paragraphe 248(3) de la Loi fédérale, lorsqu'il s'applique à un usufruit se lit comme suit :

Aux fins de l'application de la présente loi dans la province de Québec, l'expression « droit de jouissance » à l'égard d'un bien signifie [...] le droit détenu par un usufruitier...

À notre avis, ce texte doit être lu avec la version anglaise :

In its application in relation to the Province of Quebec, a reference in this Act to any property that is or was beneficially owned by any person shall be read as including a reference to property in relation to which any person [...] has or had a right as a usufructuary [...]; and a reference in this Act to the beneficial owner of any property shall be read as including a reference to a person who has or had, accordingly as the context requires, such ownership as a right in relation to that property.⁴⁹

Selon cette troisième hypothèse, si le propriétaire-constituant transfère la nue-propriété à un tiers et en conserve l'usufruit, il n'y a aucune disposition du bien vu le sous-alinéa 54(c)(v) L.I.R. dont nous avons discuté ci-dessus. Le propriétaire-constituant ne réaliserait donc pas de gain ou de perte lors de la création d'un usufruit de cette façon⁵⁰.

46. Article 443 C.C.B.C.

47. Voir L. MASSÉ, *supra*, note 38, p. 64.

48. Pour des exemples, voir L. MASSÉ, *supra*, note 38, p. 56-64 et N. LLOYD, *Usufruct and the Income Tax Act*, inédit, Essai présenté à la Faculté de droit de l'Université McGill, automne 1983, p. 29-34 et p. 44-52.

49. Effectivement, il semble que, lors de la traduction en français de la version anglaise du paragraphe 248(3), l'on ait oublié un bout de phrase !

50. Cette hypothèse n'est pas retenue par L. MASSÉ, *supra*, note 38, p. 58-59, et N. LLOYD, *supra*, note 48, p. 8-10; elle est mise en doute par C. DESAULNIERS, *supra*, note 4, p. 57-58,

Nous ne pouvons dire qu'une de ces hypothèses fait le consensus. À notre connaissance, le ministère du Revenu national ne s'est pas prononcé d'une façon complète sur la question. Les résultats, selon que l'on adopte l'une ou l'autre de ces hypothèses, sont bien différents et le fait qu'on ne sache pas quelle solution s'impose témoigne de l'incertitude qui règne à ce sujet. À notre avis, cependant, la première hypothèse est la meilleure parce qu'elle correspond le plus fidèlement à la réalité juridique que constitue le transfert d'une partie des droits qu'une personne détient à l'égard d'un bien. Elle a aussi l'avantage de ne pas mener à des résultats absurdes — du moins au moment de la création de l'usufruit.

Nous examinerons brièvement les incidences fiscales lorsque le propriétaire-constituant cède l'usufruit à l'égard d'un bien et en conserve la nue-propriété. Si nous nous référons au raisonnement de notre première hypothèse ci-dessus, le propriétaire-constituant réaliserait un gain ou une perte égal à la différence entre le montant reçu en contrepartie de la cession de l'usufruit et la partie du prix de base rajusté du bien qui fait l'objet de l'usufruit qui correspond à la valeur du droit d'user et du droit aux fruits à l'égard du bien au moment de l'acquisition du bien par le propriétaire-constituant⁵¹.

1.2.1.2. Création d'un usufruit à titre gratuit entre vifs

Si un usufruit est créé à titre gratuit entre vifs, les incidences fiscales seront semblables à celles discutées ci-dessus et varieront selon l'hypothèse retenue. Le propriétaire-constituant sera réputé avoir reçu à l'égard du bien (qu'il s'agisse du droit d'usufruit, du droit de nue-propriété ou du bien faisant l'objet de l'usufruit, selon l'hypothèse retenue) une contrepartie égale à sa juste valeur marchande et le donataire sera réputé avoir acquis le bien pour une somme égale à sa juste valeur marchande à la date de son acquisition⁵².

La difficulté principale sera la détermination de cette juste valeur marchande et, si la première hypothèse élaborée ci-dessus est retenue, du prix de base rajusté du bien.

Si, soit l'usufruit, soit la nue-propriété est transféré au conjoint du propriétaire-constituant ou à une fiducie « exclusive » en faveur du conjoint,

et elle semble être retenue par P.J. BEAUREGARD, *supra*, note 38, p. 266. Voir règlement 248R1, deuxième alinéa du *Règlement sur les impôts*.

51. Ceux qui soutiennent la deuxième hypothèse maintiennent que la cession de l'usufruit équivaut à la création et à la disposition simultanée d'un nouveau bien qui résulte dans un gain en capital égal à la contrepartie reçue, L. MASSÉ, *supra*, note 38, p. 44.

52. Alinéas 69(1)(b) et (c) L.I.R.

le roulement prévu à l'article 73 L.I.R. peut ne pas être disponible selon l'hypothèse retenue. La position du ministère du Revenu national semble être à l'effet de permettre un roulement partiel⁵³.

1.2.1.3. Création d'un usufruit par testament

Les paragraphes 70(5) et (6) L.I.R. détermineront les conséquences de la création d'un usufruit au décès s'il s'agit de l'usufruit d'un bien en immobilisations. Le ministère du Revenu national permet l'application du paragraphe 70(6) L.I.R. à la fraction du bien représentée par la valeur de l'usufruit par rapport à la valeur totale du bien. Compte tenu de la nature du bien, les paragraphes 70(5), 70(9.2) ou 70(9.4) L.I.R., selon le cas, s'appliqueront au solde de la valeur du bien, c'est-à-dire la nue-propriété. En effet, la position du ministère du Revenu national semble être de permettre un roulement partiel à l'égard du bien qui représente les droits de l'usufruitier⁵⁴.

En résumé, les incidences fiscales lors de la constitution d'un usufruit varient énormément suivant le mode de création de l'usufruit et l'hypothèse parmi celles énumérées ci-dessus retenue. Pourtant nous n'avons traité que de l'usufruit à l'égard de biens en immobilisations !

Il est à noter que le nu-propriétaire aura un prix de base rajusté à l'égard d'un « bien » qui augmentera en valeur au fur et à mesure que l'usufruit arrivera à terme. Lorsque celui-ci acquiert la totalité des droits à l'égard du bien (i.e. au décès de l'usufruitier) son coût à l'égard de la totalité du bien faisant l'objet de l'usufruit sera égal à son coût du « bien » qui était la nue-propriété. Il en résulte que ce coût sera inférieur à la valeur intrinsèque du bien faisant l'objet de l'usufruit.

L'usufruitier sera dans la situation inverse en ce sens que le bien dont il devient propriétaire lors de la constitution de l'usufruit diminuera en valeur avec le temps. Au décès de l'usufruitier, ce bien n'aura aucune valeur.

À notre avis, à la lumière de la situation que nous venons de décrire, deux remarques s'imposent. Premièrement, l'utilisation de l'usufruit comme institution afin de réaliser les objectifs d'un contribuable (que ce soit pour des buts commerciaux ou pour réaliser une libéralité) restera très limitée en raison de l'incertitude au niveau des incidences fiscales. Pour ceux qui voient un avantage à ce que l'usufruit demeure une partie intégrante de notre système de droit civil, des modifications à la Loi fédérale et à la Loi

53. « Point de vue et discussion sur la fiscalité fédérale (Table-Ronde) », AQPFS, Congrès 1982, 723, p. 736-737.

54. *Id.*

provinciale s'imposent. Deuxièmement, en l'absence de règles précises relativement aux incidences fiscales découlant de l'utilisation d'un usufruit, de nombreuses possibilités de planification existent pour réduire la charge fiscale d'un contribuable.

1.2.2. Traitement fiscal du revenu généré par les biens faisant l'objet d'un usufruit

Inutile de le dire, aucune règle spéciale n'existe pour déterminer comment se partage le fardeau fiscal se rattachant au revenu généré par un bien faisant l'objet d'un usufruit. Cependant, puisque c'est l'usufruitier qui jouit des fruits provenant du bien, il est clair que c'est celui-ci qui doit supporter l'impôt sur le revenu qu'il reçoit.

Certaines anomalies peuvent résulter de cette situation si le bien qui fait l'objet de l'usufruit est un bien amortissable. Il semble qu'aucune allocation du coût en capital ne puisse être réclamée par l'usufruitier. L'alinéa 20(1)(a) L.I.R. permet une déduction à l'égard du « coût en capital des biens supportés par le contribuable... » En présumant que l'usufruitier a payé pour son droit d'usufruitier, il n'aura supporté un coût en capital qu'à l'égard du montant payé pour le « bien » qui est son droit usufruitier. Les règlements⁵⁵ ne permettent une déduction qu'à l'égard d'un bien d'une catégorie prescrite et, à notre avis, le droit d'usufruit ne fait partie d'aucune catégorie prescrite par le règlement⁵⁶. Si l'on considère que le nu-propiétaire est propriétaire du bien, celui-ci ne pourra réclamer l'allocation du coût en capital que s'il a acquis le bien aux fins de gagner ou de produire un revenu⁵⁷. Certains en sont arrivés à la conclusion que cette disposition empêcherait le nu-propiétaire de réclamer l'allocation du coût en capital⁵⁸. À notre avis, il se peut qu'en certaines circonstances le nu-propiétaire puisse réclamer l'allocation du coût en capital.

Les articles 468 et 469 du Code civil précisent que les grosses réparations sont à la charge du nu-propiétaire. Si ces dépenses sont de nature capitale, elles doivent être ajoutées au coût du bien. Si elles sont de nature courante, elles sont déductibles dans le calcul du revenu du nu-propiétaire dans la mesure où elles ont été faites ou engagées par le nu-propiétaire en vue de tirer un revenu de biens ou d'entreprise⁵⁹.

55. Règlement 1100 du *Règlement sur les impôts*.

56. Le ministère du Revenu national est de cet avis : « Point de vue et discussion sur la fiscalité fédérale (Table-Ronde) », *supra*, note 53, p. 735 ; voir aussi L. MASSÉ, *supra*, note 38, p. 9 et s.

57. Règlement 1102(1)(c) du *Règlement sur les impôts*.

58. P.J. BEAUREGARD, *supra*, note 38, p. 269 ; L. MASSÉ, *supra*, note 38, p. 22, 25, 82.

59. Alinéa 18(1)(a) L.I.R.

1.2.3. Fin de l'usufruit

Normalement, l'usufruit prendra fin au décès de l'usufruitier. Puisque la valeur du droit de l'usufruitier « immédiatement avant le décès » de l'usufruitier sera souvent négligeable, la disposition présumée au décès entraînera pour l'usufruitier la réalisation d'une perte en capital égale au prix de base rajusté de son droit moins la valeur immédiatement avant le décès. Le ministère du Revenu national adopte la position qu'en pareille circonstance, il n'y a pas disposition de l'usufruit ⁶⁰. Cette position nous apparaît douteuse.

Le nu-propiétaire deviendra plein propriétaire du bien faisant l'objet de l'usufruit et son prix de base rajusté à l'égard de ce bien sera égal à son prix de base rajusté pour le « bien » qui était son droit de nu-propiétaire.

1.3. Substitution

1.3.1. Incidences fiscales lors de la constitution d'une substitution

Une substitution peut être créée par donation entre vifs en un contrat de mariage ou autrement, par donation à cause de mort en un contrat de mariage ou par testament ⁶¹. La substitution peut être analysée comme comportant deux libéralités adressées à des bénéficiaires gratifiés successivement. Le premier bénéficiaire qui reçoit la libéralité, le grevé, est chargé de la rendre au deuxième, l'appelé, lequel est considéré la tenir directement du donateur ou du testateur ⁶². Il semble admis que, contrairement à l'usufruit, la substitution n'opère pas démembrement du droit de propriété des biens qui font l'objet de la substitution. Il semble également admis que l'appelé est considéré comme propriétaire des biens qui font l'objet de la substitution ⁶³.

Puisque la création d'une substitution implique le transfert d'un bien d'une personne (le constituant) à une autre (le grevé), les incidences fiscales lors d'un tel transfert seront relativement simples ⁶⁴. Si la substitution est créée entre vifs, le constituant sera réputé avoir reçu une contrepartie égale à la juste valeur marchande du bien faisant l'objet de la substitution ⁶⁵ et le grevé sera réputé l'avoir acquis pour une somme égale à sa juste valeur marchande à la date de l'acquisition ⁶⁶. Si le bien est transféré à un conjoint

60. « Point de vue et discussion sur la fiscalité fédérale (Table-Ronde) », *supra*, note 53, p. 737.

61. Article 929 C.C.B.C.

62. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 1, n° 15.

63. *Id.*, n° 19.

64. L'impôt sur les dons a été aboli par le budget du 23 avril 1985; pour les substitutions créées avant cette date il pouvait y avoir un impôt à payer.

65. Alinéa 69(1)(b) L.I.R.

66. Article 73 L.I.R.

ou à une fiducie « exclusive » en faveur du conjoint, les roulements prévus à la Loi fédérale pourront s'appliquer⁶⁷.

Si, par contre, la substitution est créée par voie de testament, il semble que les règles normales applicables au décès du particulier-constituant doivent s'appliquer. Par exemple, le contribuable sera réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de chacun de ses biens qui était un bien en immobilisations légué en substitution (autre que ses biens amortissables d'une catégorie prescrite)⁶⁸ et en avoir reçu un produit de disposition égal à sa juste valeur marchande à cette date. Le grevé sera réputé avoir acquis ces biens pour le même montant⁶⁹. Un roulement sera disponible s'il s'agit d'un transfert au conjoint ou à une fiducie « exclusive » en faveur du conjoint. Cependant, si la substitution s'ouvre avant le décès du conjoint-grevé, le fisc pourrait adopter la position à l'effet que le bien n'a pas été irrévocablement acquis par le conjoint ou la fiducie, tel que le requiert le paragraphe 70(6) L.I.R. Les autres roulements prévus à la Loi fédérale devraient aussi s'appliquer.⁷⁰

1.3.2. Traitement fiscal du revenu généré par les biens faisant l'objet d'une substitution

Le traitement fiscal du revenu généré par les biens faisant l'objet d'une substitution ne semble pas soulever de problème particulier. Le grevé est propriétaire du bien et a droit aux revenus générés par le bien. Le grevé subira alors le même traitement fiscal que tout autre contribuable propriétaire d'un bien qui est productif de revenu. Notamment, il pourra réclamer l'allocation du coût en capital à l'égard du bien, s'il y a lieu.

1.3.3. Fin de la substitution

Au décès du grevé, les biens qui ont fait l'objet de la substitution doivent être remis à l'appelé. Ils n'ont plus de valeur pour le grevé ou sa succession.

67. Alinéa 69(1)(c) L.I.R. Si le droit du grevé est pour un terme limité (i.e. 5 ans ou 10 ans), il est possible que la juste valeur marchande des biens acquis par le grevé au moment de leur acquisition soit inférieure au produit de la disposition pour le constituant puisque l'obligation du grevé de remettre les biens à l'appelé à l'expiration du terme a pour effet de réduire la juste valeur marchande des biens.

68. Les alinéas 70(5)(b), (d) et (e) L.I.R. s'appliqueront à l'égard des biens amortissables du constituant. Le paragraphe 70(5.1) L.I.R. s'appliquera à l'égard des biens en immobilisations admissibles du constituant.

69. Alinéa 70(c) L.I.R.

70. Par exemple, paragraphe 70(9.4) L.I.R.

Cette particularité de la substitution a pour effet de produire des effets surprenants au niveau de l'impôt sur le revenu.

S'il s'agit d'une substitution qui prend fin au décès du grevé, ce dernier sera réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de chacun de ses biens qui était un bien en immobilisations⁷¹. À notre avis, si le décès du grevé était prévisible « immédiatement avant son décès » (par exemple parce qu'il était malade ou en raison de son âge) la juste valeur marchande des biens grevés sera négligeable. En effet, en ces circonstances, ce dernier n'aurait pu disposer des biens faisant l'objet de la substitution, immédiatement avant son décès pour un montant égal à leur valeur intrinsèque puisque la disposition serait inopposable à l'appelé à l'ouverture du droit de ce dernier⁷².

Le résultat est donc le suivant : le grevé réalisera sans doute une perte en capital ou même une perte terminale s'il s'agit d'un bien amortissable. L'appelé, de son côté, sera réputé avoir acquis le bien⁷³ à un prix égal à sa juste valeur marchande immédiatement avant le décès du grevé. L'appelé pourra alors se trouver dans une position difficile puisqu'il sera susceptible de réaliser un gain en capital substantiel lors de la disposition éventuelle du bien.

L'évaluation des biens faisant l'objet d'une substitution immédiatement avant le décès du grevé est une question délicate. D'abord il faut considérer l'expectative de vie du grevé. Si le grevé décède subitement peu après l'ouverture de son droit alors qu'il avait une longue expectative de vie, il est fort probable qu'il aurait pu disposer des biens faisant l'objet de la substitution⁷⁴. Ainsi, la situation du grevé s'apparente à celle du contribuable détenteur d'un bien sujet à une convention d'achat-vente. Il nous semble que la jurisprudence à l'égard de cette dernière situation appuierait la position selon laquelle la juste valeur marchande des biens faisant l'objet d'une substitution « immédiatement avant le décès du grevé » n'est pas égale à la valeur intrinsèque des biens.⁷⁵

71. Alinéa 70(5)(b) L.I.R.

72. Pour une discussion des restrictions au droit de propriété du grevé, voir M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 1, n° 21. S'il s'agit d'une substitution *de residuo*, le résultat sera probablement différent puisque le grevé pourra disposer du bien faisant l'objet de la substitution ; cette disposition serait opposable à l'appelé et le grevé ne serait chargé de rendre à l'ouverture que ce qui reste des biens reçus ; M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 1, n° 23.

73. En présumant qu'il s'agit d'un bien en immobilisations non amortissable.

74. Voir *Mastronardi v. La Reine*, [1977] C.T.C. 355, Cour fédérale d'appel.

75. I.R. CAMPBELL, *Canada Valuation Service*, Toronto, Richard De Boo Limited, 1983, p. 7-64C-66 ; *Connor v. La Reine*, [1978] C.T.C. 669, Cour fédérale ; *J.J. West Estate v. The Minister of Finance* (B.C.), [1976] C.T.C. 313, Supreme Court of British Columbia ; *Beament et al. v. M.N.R.*, [1970] R.C.S. 680, Cour suprême du Canada.

2. Droits successoraux

2.1. Aperçu général

La *Loi sur les droits successoraux* frappe de droits tout bien situé au Québec et transmis en raison d'un décès ainsi que tout bien situé en dehors du Québec et transmis en raison d'un décès à un bénéficiaire résidant ou domicilié au Québec⁷⁶. Chaque bénéficiaire est personnellement responsable des droits sur la valeur imposable des biens qui lui sont transmis en raison d'un décès, laquelle valeur imposable est égale à la valeur marchande des biens au moment du décès moins les déductions et les exemptions accordées à ce bénéficiaire⁷⁷. À ce titre, une exonération complète est prévue pour le bénéficiaire qui est le conjoint de la personne décédée ou une fiducie exclusive en faveur de ce conjoint⁷⁸. Chaque enfant de la personne décédée a droit à une déduction de 100 000 \$ dans le calcul de la valeur imposable des biens qui lui sont transmis⁷⁹. D'autres exonérations et déductions sont prévues selon la qualité du bénéficiaire (par exemple, exonération complète lorsque le bénéficiaire est un organisme de charité)⁸⁰ ou selon le genre de biens légués (par exemple, des actions de corporations privées).⁸¹

Les droits payables se calculent selon des taux progressifs. Le taux minimal pour la valeur imposable qui n'excède pas 100 000 \$ est 20 %. Le taux maximal à l'égard de la valeur imposable qui excède 2 000 000 \$ est 35 %.

Si on avait à appliquer ces règles à une fiducie, à un usufruit et à une substitution, des problèmes difficiles et intéressants se présenteraient. Ainsi, le legs de biens à une fiducie obligerait celle-ci à supporter les droits à l'égard de la juste valeur marchande des biens reçus. Par ailleurs, lorsque les biens de la fiducie seraient distribués aux bénéficiaires à l'occasion du décès d'une personne (par exemple, au décès du conjoint qui était le bénéficiaire du revenu), des droits seraient également payables par ces bénéficiaires. Dans le cas d'un usufruit créé au décès, l'usufruitier et le nu-propriétaire auraient alors à évaluer la juste valeur marchande des droits qui leur seraient transférés au décès et à supporter des droits en fonction de cette valeur⁸².

76. Articles 2 et 3 L.D.S.

77. Articles 4 et 16 L.D.S.

78. Article 26 L.D.S.

79. Article 27 L.D.S.

80. Article 23 L.D.S.

81. Articles 29.1, 37 et 39 L.D.S.

82. M. RÉGNIER, « Impositions des droits autres que ceux de propriété transmis à l'occasion d'un décès », *Journée d'études fiscales 1978*, Association canadienne d'études fiscales, p. 375-391.

Dans le cas d'une substitution, le grevé devrait évaluer la « juste valeur marchande des biens au moment du décès »⁸³. Il serait intéressant de déterminer si le grevé pourrait escompter la valeur intrinsèque des biens ainsi légués pour tenir compte de la durée probable de la substitution. Quant à l'appelé, pour qui le droit s'ouvre, il devrait supporter les droits établis en fonction de la juste valeur marchande des biens faisant l'objet de la substitution sans escompte. Cependant, ces problèmes ne sont que théoriques puisque le législateur a prévu des règles spéciales s'appliquant aux biens qui font l'objet d'une fiducie, d'un usufruit et d'une substitution. Cette partie examinera ces règles et fera état de certains éléments de planification qui ont été développés à l'égard de chaque institution.

2.2. Règles applicables à une fiducie

2.2.1. Règles de base

L'article 6 L.D.S. précise qu'un bien faisant l'objet d'une fiducie est réputé transmis en propriété absolue au propriétaire du revenu en raison du décès du disposant. Le deuxième alinéa de cet article précise que tout bien à l'égard duquel le droit d'un bénéficiaire (qu'il s'agisse d'un bénéficiaire du revenu ou du capital) s'ouvre au décès ou à l'occasion du décès d'un bénéficiaire du revenu est réputé transmis à ce bénéficiaire en raison de ce décès, sauf lorsque ce bénéficiaire est un bénéficiaire du revenu qui est au même degré de filiation, par rapport au disposant, que le bénéficiaire décédé.

L'article 48 L.D.S. prévoit que le bénéficiaire du revenu qui est réputé avoir reçu des biens en propriété absolue doit voir à ce que les droits sur les biens grevés en sa faveur soient payés et, pour ce faire, les biens faisant l'objet de la fiducie peuvent être employés au paiement de ces droits. Si nécessaire, le bénéficiaire peut, avec l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure et aux conditions fixées par celui-ci, aliéner ou engager ce bien pour faire ce paiement.

Puisque le bénéficiaire du revenu de la fiducie est réputé être le bénéficiaire des biens légués en fiducie, il peut bénéficier des déductions auxquelles il aurait eu droit s'il avait reçu les biens en pleine propriété. Ainsi le conjoint-bénéficiaire du revenu du *de cujus* pourra se prévaloir de l'exemption prévue à l'article 26 L.D.S. Cependant, cette exemption ne pourra pas être réclamée si la fiducie n'est pas une fiducie créée pour le bénéfice exclusif du conjoint au sens des articles 440, 443 et 445 de la Loi provinciale⁸⁴. L'enfant-bénéficiaire du revenu d'une fiducie créée au décès de

83. Article 16 L.D.S.

84. Article 26 L.D.S.

son père (ou de sa mère) pourra se prévaloir de la déduction de 100 000 \$ prévue à l'article 27 L.D.S.

2.2.2. Éléments de planification

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, aucun droit n'est prélevé en vertu de la *Loi sur les droits successoraux* à l'égard du legs d'un bien situé hors du Québec à un bénéficiaire résidant et domicilié hors du Québec. Ainsi, ne serait pas frappé de droits le legs d'un bien situé hors du Québec à une fiducie dont le bénéficiaire du revenu réside et est domicilié hors du Québec. Déjà un tel legs aurait pour avantage d'empêcher l'imposition de droits au décès du constituant. Le même résultat se produirait s'il s'agissait d'un legs à une fiducie « exclusive » en faveur du conjoint. Si l'acte de fiducie prévoit la liquidation de celle-ci à l'expiration d'un certain terme, il semble que la distribution au bénéficiaire du capital au moment de la liquidation ne sera pas frappée de droits puisque le droit du bénéficiaire du capital ne se sera pas ouvert au « décès ou à l'occasion du décès [...] du bénéficiaire du revenu » tel que le requiert l'alinéa 2 de l'article 6 L.D.S. Dans son Bulletin d'interprétation DS 6-1 en date du 23 mars 1983, le ministère du Revenu du Québec a indiqué qu'il attaquera ce type de planification si la fiducie est une « fiducie illégitime », c'est-à-dire une fiducie qui n'a pas « des assises solides et une existence qui repose sur des raisons sérieuses... » À notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence qui nous aiderait à déterminer quand une fiducie est « illégitime » ou quand elle ne repose pas sur des « assises solides » ! À notre avis, Revenu Québec aura de la difficulté à attaquer ce genre de planification dans la mesure où les formalités exigées par la loi seront respectées.⁸⁵

2.3. Règles applicables à un usufruit

2.3.1. Règles de base

L'article 5 L.D.S. prévoit que dans le cas de l'usufruit le montant des droits est calculé comme si l'usufruitier recevait le bien ainsi grevé en propriété absolue et comme une personne distincte n'ayant droit qu'aux exemptions prévues à l'article 33 L.D.S. L'article 33 prévoit que l'usufruitier peut déduire dans le calcul de la valeur imposable des biens grevés la partie de l'exemption ou de la déduction prévue pour le nu-propriétaire qui n'a pu être utilisée par ce dernier faute d'avoir reçu des biens suffisants à cet effet.

85. Voir G. MASSON, *supra*, note 25, p. 26.

Ainsi, dans le cas de biens légués en usufruit au conjoint et en nue-propriété aux enfants, si les enfants n'ont pu bénéficier de la déduction de 100 000 \$ qui leur est accordée en vertu de l'article 27 L.D.S., le conjoint pourra alors déduire 100 000 \$ pour chaque enfant nu-propriétaire dans le calcul de la valeur imposable du bien qui fait l'objet de l'usufruit. Aucun droit ne sera prélevé au moment où l'usufruit prend fin.⁸⁶

Aucune règle n'est prévue pour le cas où deux personnes se partagent l'usufruit du bien. De même, il n'y a pas de règle qui s'applique au cas d'usufruit successif. Cependant, dans le premier cas, il semble clair que les usufruitiers devraient partager les droits payables et que, dans le deuxième cas, seul le premier usufruitier serait assujéti aux droits.

Quant à la responsabilité pour le paiement des droits, la règle prévue à l'égard des fiducies s'applique également. En effet, l'article 48 L.D.S. prévoit que l'usufruitier doit voir à ce que les droits sur les biens grevés en sa faveur soient payés, et ces biens peuvent être employés au paiement de ces droits. Comme dans le cas d'une fiducie, une autorisation d'un juge de la Cour supérieure peut être obtenue afin que le bien soit aliéné ou engagé pour faire ce paiement.

2.3.2. Éléments de planification

2.3.2.1. Fractionnement des droits

L'article 5 L.D.S. précise que l'usufruitier doit être considéré comme s'il recevait le bien qui fait l'objet de l'usufruit à titre de personne distincte. Si, au décès d'une personne, une autre personne (le bénéficiaire) est légataire particulier à l'égard d'un bien et usufruitier à l'égard d'autres biens, le bénéficiaire pourra se prévaloir des déductions auxquelles il a droit pour son propre compte dans le calcul de la valeur imposable du bien légué à titre d'usufruit, et dans le calcul de la valeur imposable des biens légués en usufruit, de celles que le nu-propriétaire n'a pu utiliser. En certaines circonstances, il sera possible d'augmenter le montant des déductions possibles et de réduire les droits payables puisque ceux-ci devront être calculés comme si deux personnes distinctes avaient reçu les biens. Le taux marginal d'imposition pourra alors être diminué.

86. Il semble que ce résultat ait sa source dans l'arrêt *Greenshields and Chartered Trust Company c. La Reine*, [1958] R.C.S. 216, où la Cour suprême du Canada a statué que des droits en vertu de la *Loi des droits sur les successions* du Québec, S.R.Q. 1941, c. 80, ne peuvent être prélevés qu'une fois, soit lors de la création de l'usufruit. Voir G. DUBÉ, « Planification successorale sous la Loi sur les droits successoraux du Québec, AQPFS, Congrès 1982, 255, p. 260.

Si un testateur désire laisser plusieurs biens en usufruit à une personne, il devrait être possible de créer plusieurs usufruits à l'égard des biens (i.e. un usufruit par bien ou par catégorie de biens). Ainsi, l'usufruitier sera considéré comme une personne distincte à l'égard de chaque usufruit. Le taux marginal d'imposition des droits payables pourra alors être réduit.

2.3.2.2. Usufruitier non-résident

Un bénéficiaire résidant et domicilié hors du Québec, qui reçoit un bien situé hors du Québec n'est pas assujéti aux droits successoraux⁸⁷. Ainsi, si un bien situé hors du Québec est légué en usufruit à une personne qui n'est ni résidente, ni domiciliée au Québec, un argument existe à l'effet qu'aucun droit ne sera payable à l'égard de ce legs. L'article 5 L.D.S. présume que l'usufruitier est une personne distincte n'ayant droit qu'aux exemptions que le nu-propriétaire n'a pas utilisées. Cet article ne présume pas que l'usufruitier est une personne distincte «résidente ou domiciliée au Québec»⁸⁸. La question est donc de savoir si l'emploi de l'expression «personne distincte» à l'article 5 L.D.S. signifie qu'il s'agit d'une personne assujétiée aux droits successoraux ou si cette «personne distincte» doit conserver les caractéristiques de l'usufruitier.

2.3.2.3. Usufruit ou fiducie

Nous avons vu ci-dessus que lorsqu'un des biens était légué en fiducie il y avait, en principe, assujettissement aux droits successoraux au décès du constituant et au moment de l'ouverture d'un droit d'un bénéficiaire au décès d'un bénéficiaire du revenu. Lorsqu'un bien est légué en usufruit, il n'y a assujettissement aux droits qu'au décès de la personne qui crée l'usufruit. Il peut en résulter un dédoublement de droits successoraux dans le cas d'une fiducie et d'une simple imposition lors de la création d'un usufruit.

2.4. Règles applicables à une substitution

2.4.1. Règles de base

Un bien faisant l'objet d'une substitution est réputé transmis en propriété absolue au grevé en raison du décès du disposant⁸⁹. Conséquemment, à moins qu'il ne s'agisse du legs d'un bien situé hors du Québec à un

87. Article 3 L.D.S.

88. Voir G. DUBÉ, *supra*, note 86, p. 267; P.J. BEAUREGARD, *supra*, note 38, p. 281.

89. Article 6 L.D.S.

grevé résidant et domicilié hors du Québec, le grevé devra supporter les droits successoraux à l'égard du bien. Le grevé pourra bénéficier des déductions permises aux articles 20 à 33 de la *Loi sur les droits successoraux*. Comme dans le cas du bénéficiaire d'une fiducie et d'un usufruitier, le grevé doit voir à ce que les droits sur les biens grevés en sa faveur soient payés. À cette fin, le grevé peut affecter les biens grevés au paiement des droits. Une autorisation d'un juge de la Cour supérieure peut être obtenue, s'il y a lieu, afin d'autoriser l'aliénation ou l'engagement des biens grevés pour faire le paiement⁹⁰. Si le droit de l'appelé à l'égard d'un bien s'ouvre au décès ou à l'occasion du décès du grevé, le bien est réputé transmis à l'appelé en raison de ce décès sauf si le grevé est au même degré de filiation, par rapport au disposant, que le bénéficiaire décédé⁹¹. Lorsque le droit de l'appelé s'ouvre avant le décès du grevé, le bien est réputé lui être transmis, à ce moment, en raison du décès du disposant⁹².

2.4.2. Éléments de planification

Les règles applicables au legs de biens en substitution laissent peu de jeu à la planification. Le legs d'un bien situé hors du Québec à un grevé résidant et domicilié hors du Québec ne sera pas frappé de droits. À ce titre, il y a possibilité d'échapper aux droits successoraux au moment du décès du disposant comme dans le cas d'une fiducie. Cependant, au moment de l'ouverture du droit de l'appelé, que ce soit au décès ou avant le décès du grevé, l'appelé résidant ou domicilié au Québec sera assujéti aux droits successoraux puisque le bien faisant l'objet de la substitution sera réputé lui être transmis en raison du décès du disposant⁹³.

Conclusion

Il est à espérer que l'analyse de certaines des incidences fiscales entourant l'utilisation d'une fiducie, d'un usufruit et d'une substitution feront ressortir les avantages propres à chaque institution et facilitera le recours à leur utilisation.

La souplesse de la fiducie et la connaissance accrue qu'ont les praticiens au Québec de sa nature et de ses possibilités feront qu'elle figurera au premier plan dans la réalisation des objectifs des contribuables.

90. Article 48 L.D.S.

91. Alinéa 2 de l'article 6 L.D.S.

92. Alinéa 3 de l'article 6 L.D.S.

93. *Id.*

Quant à l'usufruit et à la substitution, en l'absence de modifications à la Loi fédérale et à la Loi provinciale, les praticiens, en raison des difficultés propres à ces institutions, persisteront à éprouver de la réticence à les utiliser.